Einige Fälle

von actiones utiles für und gegen den Pflegling

aus Handlungen des Vormunds.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

hohen juristischen Fakultät

der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn

eingereicht

und mit den beigefügten Thesen verteidigt

am 6. August 1891

von

Hermann Munzinger,

Rechtspraktikant.

Opponenten:

Herr cand. iur. Karl Milner.
Herr stud. iur. Max van Vleuten.
Herr stud. iur. Max Beseler.

Bonn,

Universitäts-Buchdruckerei von Carl Georgi.

1891.

Dem Andenken

seiner lieben Mutter,

sowie

seinem teuren Vater

in Dankbarkeit gewidmet

vom Verfasser.

Der erste Gedanke zur Bearbeitung des vorstehenden Themas führt zurück auf einen Auslegungsversuch der l. 2 D. quand. ex fact. tut. vel cur. 26, 9. Bei diesem Versuche glaubte ich nämlich wahrzunehmen, dass die bisherigen Interpretationen [1]) dem Zusammenhange der Stelle keine oder doch keine genügende Berücksichtigung schenken. Die rei vindicatio utilis, welcher die Stelle ihre Berühmtheit verdankt, ist, wenn sie in bezug auf ihre Eigentümlichkeiten geprüft und richtig erkannt werden soll, nicht blos und nicht in erster Linie zu untersuchen im Zusammenhange mit den andern Fällen der rei vindicatio utilis, sondern zugleich und vorzugsweise mit andern utilen Klagen, welche der Pflegling aus Handlungen des Vormunds erwirbt. Schon die Thatsache, dass in jenem Gesetze auch eine persönliche actio utilis erwähnt und ohne Andeutung eines Unterschiedes in völliger Koordination neben die utilis actio ad rem vindicandam gestellt wird, deutet auf die Gleichartigkeit beider Klagen hin und rechtfertigt daher auch die Zulässigkeit einer gleichheitlichen rechtlichen Behandlung derselben. Die Zulässigkeit aber scheint sich zur Notwendigkeit zu steigern, wenn man sich nach weiteren Quellenbelegen umsieht. Dabei findet man nämlich, dass noch mehrere Stellen von actiones utiles sprechen, denen offenbar dieselbe Bedeutung und derselbe Charakter zukommt wie den beiden actiones

---

1) Droy, Die utilis actio ad rem vindicandam des Pfleglings (München 1883) und dort Zitierte.

utiles der l. 2 cit. Diesen Klagen eine besondere Untersuchung zu widmen, erschien daher weder grundlos noch unnütz.

Die häufige Verwendung der actiones utiles in der Lehre von der Vormundschaft hat ihren Grund in dem Wesen dieses Institutes. Der Rechtsschutz der Bevormundeten, sowohl der des impubes wie der des pubes minor, untersteht schon der Natur der Sache nach wesentlich den Grundsätzen der aequitas. Die besonders schwache Lage des Pfleglings erheischt besonders starken Schutz. Über die Notwendigkeit dieses verstärkten Schutzes wird sich nicht leicht ein Recht hinwegsetzen können; denn sie ist von Natur vorhanden und wird daher immer bestehen bleiben. Die Mittel des Schutzes jedoch können in den verschiedenen Rechtssystemen verschiedene sein; denn sie sind der jeweiligen Rechtsauffassung und den praktischen Bedürfnissen angepasst und daher beständiger Veränderung unterworfen.

Die moderne Anschauung über den Charakter der Vormundschaft ist eine andere als die römische. Bei uns überwiegt der öffentliche rechtliche Charakter, bei den Römern überwog der privatrechtliche. Dementsprechend liegt bei uns die Garantie für eine regelrechte und geordnete Vormundschaftsführung vorzugsweise in dem durch die staatliche Oberaufsicht herbeigeführten öffentlichen Schutze, während sie in Rom überwiegend durch den Schutz des Privatrechts gegeben war.

Die Schutzmittel waren teils ordentliche, teils ausserordentliche.

Das wichtigste ordentliche Schutzmittel war die Klage gegen den Vormund nach Beendigung der Vormundschaft, die actio tutelae des Mündels und die utilis negotiorum gestorum actio oder, wie sie auch genannt wird, utilis curationis causa actio des sonstigen Bevormundeten.

Ferner gehört hierher die actio rationibus distrahendis des Mündels gegen den veruntreuenden Vormund.

Ausserordentliches Schutzmittel ist in erster Linie die in integrum restitutio, in zweiter sind es die actiones utiles.

Beim Durchgehen der über die Vormundschaft handelnden Quellentitel findet man über zwanzig Stellen, die von utilen Klagen reden. Natürlich gehören nicht alle diese Klagen unter einen Gesichtspunkt. Die utilen Klagen gegen die Vormundschaftsbehörden (l. 1 pr. D. de mag. conv. 27, 8 und l. 1. C. t. c. 5, 75) sind selbstverständlich nicht zusammenzustellen mit den utilen Klagen gegen den Vormund wegen fehlerhafter Geschäftsführung oder gegen den, der die Vormundschaft hätte führen sollen, aber nicht geführt hat u. a. m. (l. 5 § 3 D. de adm. et peric. 26, 7; l. 39 § 11 D. ibid.; l. 3 § 11 D. de susp. tut. vel cur. 26, 10; l. 18 D. de tut. et rat. distr. 27, 3; l. 12 D. de eo qui protut. 27, 5); und diese Klagen wiederum haben nichts gemein mit den actiones utiles, welche hier zur Besprechung kommen.

Bevor wir jedoch zu diesen selbst übergehen, mögen noch einige Bemerkungen über die utilen Klagen im allgemeinen platzgreifen.

Jede actio directa war der Utilisierung, d. h. der Umwandlung in eine utile Klage fähig. Die Utilisierung geschah durch eine Änderung des Wortlauts des im Album aufgestellten Klageformulars. Hierbei machte es keinen Unterschied, ob sich die Änderung beschränkte auf die Hinzufügung oder Weglassung eines einzelnen Wortes oder ob sie in einer weiter reichenden, wesentlicheren Umgestaltung der Formula bestand, ob sie sich ferner auf Grund einer Fiktion oder im Anschluss an eine Zession oder auf irgend einem anderen Wege ergab.

Dieser rein formale Akt konnte unmöglich eine Änderung der Natur und des Charakters der zu utilisierenden Klage bewirken. Wäre dies der Fall gewesen, so würde die Utilisierung eine nicht ungefährliche Operation gewesen sein, gefährlicher jedenfalls, als sie nach der

Absicht des die Klage erteilenden Prätors wie nach dem Zwecke der Sache sein sollte. Es ist eine juristische Unmöglichkeit, dass dieselbe Klage, die als actio directa eine bonae fidei actio ist, als actio utilis eine stricti juris actio oder dass dieselbe, welche als direkte eine actio in rem ist, als utile eine actio in personam sein oder dass durch die Utilisierung auch nur eine geringe Modifizierung des ursprünglichen Charakters eintreten sollte.

Diese Thatsache halten wir dem Versuche entgegen, den Ihering in seiner Abhandlung über die rei vindicatio utilis im ersten Bande seiner Jahrbücher unternommen hat. Ihering verlangt eine weitgehende Einschränkung des dinglichen Charakters der Klage und sucht diese Forderung an der Hand der Quellen eingehend zu begründen. Wer jedoch, wie wir, eine grundsätzliche Übereinstimmung zwischen actio directa und actio utilis annimmt, den wird die Ihering'sche Argumentation unüberzeugt lassen, solange nicht nachgewiesen ist, dass und weshalb gerade die Utilisierung der rei vindicatio mit einer Änderung der Klagenatur verbunden ist oder dass auch die rei vindicatio directa selbst im Laufe der Zeit ihren rein dinglichen Charakter verloren oder wenigstens abgeschwächt hat. Keiner der beiden Nachweise wird leicht zu führen sein.

Wie der Charakter, so fällt auch das Ziel der actio utilis mit dem der actio directa zusammen. Hierüber kann ein Zweifel nicht wohl bestehen. Denn der Grund der Einführung der utilen Klagen lag ja, wenigstens der Regel nach, in der Absicht, demjenigen, der aus irgend welchem Grund des Schutzes der actio directa nicht teilhaftig wurde, den Erfolg in derselben Weise zu sichern, wie wenn ihm die direkte Klage zustände. Dies ergibt sich schon aus allgemeinen Erwägungen, wird aber ausserdem in l. 47 D. de reg. gest. 3, 5 mit aller nur wünschenswerten Deutlichkeit ausgesprochen. Dabei ist ohne Belang, ob man die Aussage dieses Gesetzes auf die dort erwähnte

actio negotiorum gestorum beschränkt oder auf alle Klagen ausdehnt; denn auch ersterenfalls steht einer Verallgemeinerung der Aussage prinzipiell nichts entgegen.

Die actiones utiles sind besondere Schutzmittel. Damit hängt zusammen, dass sie auch besonderen Rechtsverhältnissen dienen, vorzugsweise solchen, die den allgemeinen Normen nicht unterstehen, die sich also der Rechtsregel gegenüber als Ausnahmen darstellen. Auch in den hier zur Erörterung stehenden Fällen trifft dies zu.

Die Ausnahmenatur der Fälle liegt nämlich in der Thatsache, dass der Pflegling aus Handlungen des Vormunds unmittelbar gegen Dritte klagen und von Dritten verklagt werden kann. Demnach ist die Versagung einer solchen unmittelbaren Klageberechtigung und bezw. Klageverpflichtung die Regel. Diese Regel findet sich dann auch ausdrücklich ausgesprochen in l. 5 C. quand. ex fact. tut. vel cur. 5, 39: Per tutorem pupillo actio nisi certis ex causis quaeri non potest.

Der Wortlaut dieser Konstitution ist in mehrfacher Hinsicht interessant. Beachtenswert ist zunächst der Ausdruck per tutorem. Die Präposition per darf nicht vertauscht werden mit „ab“, ist also nicht mit „von“ zu übersetzen, sondern hat ihre ursprüngliche Bedeutung „durch — hindurch“ und weist hin auf das Vertretungsverhältnis zwischen Vormund und Pflegling. Der Vormund ist also nicht gedacht als derjenige, der die Thätigkeit des Klageerwerbs ausübt oder vielmehr nicht ausübt — aktiv — sondern als derjenige, durch welchen diese Thätigkeit hindurchgeht, durch den sie vermittelt wird — passiv —. Die aktive Konstruktion des Satzes würde genau genommen lauten: tutor per se etc.

Weiter ist Gewicht zu legen auf den Ausdruck quaeri; es handelt sich um einen Erwerb der Klage, nicht um eine Übertragung der erworbenen Klage. Denn eine Klageübertragung seitens des Vormunds auf den Pflegling ist ja, wie jede andere Zession, unbedingt gestattet; nur der

unmittelbare, d. h. ohne Übertragung erfolgende Erwerb ist nicht oder doch nur in Ausnahmefällen zulässig.

Dass die Stelle nur von tutor und pupillus spricht, darf uns nicht abhalten, sie auch für den curator und pubes minor gelten zu lassen. Allerdings entscheiden Konstitutionen nur den vorliegenden Fall. Indessen ist dies kein ausnahmsloser Grundsatz, sondern nur eine wesentlich nach billigem Ermessen zu handhabende Regel, die insbesondere dann nicht zur Anwendung kommen kann, wenn andere Quellenzeugnisse an einen dem Grundgedanken nach gleichen, in der einen oder anderen Beziehung jedoch abweichenden Thatbestand die gleichen Rechtsfolgen anknüpfen. In unserm Falle trifft dies zweifellos zu. Einmal stellt schon der einschlägige, im Kodex und in den Digesten gleichlautende Titel: quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt, in bezug auf unsere Frage Tutel und Kura einander gleich; zudem finden sich auch in den zu erörternden Fällen mehrere, in denen ausdrücklich von einem curator gesprochen wird.

Schliesslich und nicht zum wenigsten ist der Wortlaut der Konstitution deshalb von Interesse, weil er erinnert an den bekannten römischen Satz: Per liberam personam adquiri nobis non potest, und einen Vergleich mit denselben geradezu herausfordert. — Gemeinsam ist beiden Sätzen vor allem der Grundgedanke, nämlich die Idee der Unzulässigkeit der direkten Stellvertretung, gemeinsam ist ihnen weiter die bezeichnende Präposition per und das Verbum, wenigstens dem Stamme nach.

Verschieden sind beide Sätze, insofern es sich an unserer Stelle um eine spezielle, gesetzliche Stellvertretung und den Erwerb von Klagerechten, an der andern um die allgemeine, freie Stellvertretung und den Erwerb von Rechten überhaupt handelt. Sonach ist unsere Stelle inhaltlich in doppelter Beziehung enger gefasst als die andere; erstere geht in letzterer auf. Gleichwohl erscheint sie nicht schlechthin überflüssig. Denn was von der

allgemeinen und freien Stellvertretung gilt, muss nicht notwendigerweise auch auf die gesetzliche Stellvertretung unbedingt und uneingeschränkt anwendbar sein. Man könnte schwerlich mit Recht den Vorwurf des Widerspruchs oder der Willkür gegen eine Gesetzgebung erheben, die eine direkte Wirkung der Stellvertretung im allgemeinen zwar verwerfen, eine solche der gesetzlichen Stellvertretung dagegen zulassen würde. Derlei Zweifeln macht die l. 5 cit. ein für allemal ein Ende, indem sie die Regel aufstellt, dass auch die gesetzliche Stellvertretung nicht oder doch nur selten mit unmittelbarer Wirkung ausgestattet wird.

Wir wissen, dass die Römer, dem praktischen Bedürfnisse nachgebend, im Laufe der Zeit in bezug auf die freie Stellvertretung einzelne Ausnahmen von dem Grundsatze der Unzulässigkeit der direkten Wirkung zuliessen. Dass sie dasselbe in bezug auf die gesetzliche Stellvertretung thaten, teilt uns l. 5 cit. mit; sie weist darauf hin mit den Worten: nisi certis ex causis.

Dieser Ausdruck bedarf der Präzisierung, und zwar sowohl hinsichtlich des Wortes certis wie des Wortes causis.

Aus ersterem entnehmen wir, dass die fraglichen causae ein für allemal genau geregelt und bestimmt sind, sich daher nicht nach Belieben vermehren oder vermindern lassen, dass folglich im Falle des Mangels einer certa causa eine Ausnahme von der Regel nicht eintritt, eine actio nicht erworben wird. Gerade dies scheint der unmittelbare Anlass zum Erlasse der Konstitution gewesen zu sein. Der Impetrant hat offenbar gebeten um Gewährung einer solchen actio, wie sie die Konstitution im Auge hat; der Kaiser gab der Bitte nicht statt, weil er die certa causa nicht für gegeben und eine willkürliche Verleihung der Klage für unthunlich erachtete.

Hinsichtlich der Auslegung des Wortes causis kann die Frage entstehen, ob dasselbe in seiner ursprünglichen Bedeutung „Grund, Motiv“ oder in der abgeleiteten Be-

deutung „Fall“ zu fassen ist. Wenn beispielsweise der Mündel eine utilis actio erhält aus einem vom Vormund mit Mündelgeld abgeschlossenen stipulatorischen Darlehensvertrag, so kann die causa zur Erteilung dieser utilis actio einmal der Thatbestand als solcher sein, nämlich der Abschluss einer Darlehnsstipulation durch den Tutor für den Mündel; sie kann aber auch ebensogut in einem anderweitigen Umstande liegen, in dessen unmittelbarer Folge auf der Basis des Thatbestandes eine utilis actio erteilt wird. Der Unterschied zwischen beiden Auffassungen ist der, dass ersternfalls die causa etwas rein Faktisches bedeutet, indem sie sich auf das Vorliegen des Thatbestandes bezieht, letzternfalls dagegen etwas überwiegend Juristisches, indem sie sich bezieht auf den Rechtsgrund, aus welchem sich an den vorliegenden Thatbestand eine actio utilis anknüpft. Wenn wir die letztere Auffassung vorziehen, so bestimmt uns dazu die Erwägung, dass im Falle der Annahme der ersteren Auffassung doch immer noch die Frage: qua ex causa? im Sinne der letzteren Auffassung zu lösen bliebe. Denn es darf uns nicht genügen, die Fälle zu kennen, in welchen die Römer Ausnahmen von der Regel der l. 5 cit. gestatteten, sondern wir wollen auch wissen, aus welchen rechtlichen Gründen die Ausnahmen gerade in diesen Fällen gemacht wurden.

Hiernach sind folgende Fragen zu beantworten:

I. In welchen Fällen (quando) wird für oder gegen den Pflegling aus Handlungen des Vormunds eine Klage geschaffen, wie sie in der erwähnten l. 5 c. 5, 39 gegeben ist?

II. Existiert in jedem einzelnen Falle ein Rechtsgrund, aus welchem diese Klageerteilung stattfindet und welches ist derselbe (certa causa)?

III. Sind die in Frage kommenden Klagen immer actiones utiles und was bedeutet der Utilitätscharakter?

I.

Die Quellen teilen folgende Fälle mit:

1. Die utilis actio auf Grund einer vom Vormund mit Mündelgeld als Valuta abgeschlossenen Darlehnsstipulation; l. 9 pr. D. de adm. et peric. 26, 7; l. 2 D. h. t. 26, 9; l. 2 C. h. t. 5, 39; l. 2 C. de cur. fur. 5, 70.

2. Die utilis actio auf Grund einer vom Vormund als dem Vertreter des Mündels geleisteten Kaution; l. 8 D. h. t. 26, 9.

3. Die utilis actio auf Grund eines vom Vormund für den Mündel mit der Klausel eingegangenen Konstitutums, dass die Zahlung an den Mündel erfolgen solle; l. 5 § 9 D. de pec. const. 13, 5.

4. Die utilis actio auf Grund eines vom Vormund mit Mündelgeld als Kaufpreis abgeschlossenen Kaufvertrags; l. 2 D. h. t. 26, 9; l. 3 C. arb. tut. 5, 51 (?).

5. Die utilis actio auf Grund eines von gewesenen Tutoren oder derzeitigen Kuratoren für den Mündel abgeschlossenen Pachtvertrags; l. 4 C. h. t. 5, 39.

Fall 1 kommt in den Quellen in einer doppelten Gestaltung vor; in einer aktiven, insofern der Mündel aus der Stipulation berechtigt wird und daher eine utilis actio erhält, und in einer passiven, insofern er aus der Stipulation verpflichtet und daher mit einer utilis actio verfolgt wird.

Von der aktiven Gestaltung des Falles sprechen die drei oben zuerst erwähnten Stellen im wesentlichen übereinstimmend. Der Tutor hat einen Darlehensvertrag in Stipulationsform abgeschlossen und dabei Mündelgeld als Valuta hingegeben. Sinn und Wortlaut der Stellen sind im allgemeinen klar. Beachtenswerth ist der jedesmalige Gebrauch des Wortes ipse. Die Erklärung hierfür mag

man in der Absicht des Juristen finden, den Vertragsabschluss durch den Tutor in Gegensatz zu setzen zu der andern möglichen Art des Vertragsabschlusses durch den Mündel selbst. Wir tragen jedoch kein Bedenken, das Wort ipse schärfer zu fassen, indem wir ihm den Sinn beilegen, den der Ausdruck nomine suo in l. 9 D. cit. hat. Es scheint uns dies um so eher zulässig, als der Gedankengang dieser Stelle die Annahme nahelegt, dass der erwähnte Ausdruck nur die Interpretation des vorangegangenen ipse ist. Nomine suo heisst nun im allgemeinen nur, dass der Tutor den Vertrag auf seinen Namen abgeschlossen hat. In einem Rechtssysteme dagegen, das, wie das römische, die direkte Stellvertretung nicht kennt, heisst es mehr, nämlich dass er ihn auch mit Wirkung für sich abgeschlossen hat. Beides ist bei den Römern untrennbar und eins ohne das andere undenkbar.

Der Thatbestand selbst lässt nur in einem Punkte einen Zweifel übrig. Es fragt sich nämlich, ob die Absicht des Vormunds, für den Pflegling zu handeln, d. h. im vorliegenden Falle den Stipulationsvertrag abzuschliessen, Thatbestandsmoment und daher Voraussetzung für die actio utilis ist oder nicht. Wenn ja, so ist die Klage im entgegengesetzten Falle eben unzulässig. Der entgegengesetzte Fall wäre nun der, dass der Vormund stipuliert, in der Absicht für sich zu kontrahieren. Thut er dies aber, so handelt er unredlich und begeht ein furtum im römischen Sinne. Demnach gestaltet sich die obige Frage so: Erhält der Pflegling die actio utilis nur, wenn der Vormund für ihn den Stipulationsvertrag abschliesst, also redlich und innerhalb der Grenzen seiner Vertretungsmacht handelt, oder auch dann, wenn er für sich stipuliert, also unredlich und in Verletzung seiner Vertretungspflichten handelt? Unsere Stellen deuten mit keiner Silbe eine Antwort auf die Frage an; indessen scheint uns zweifellos, dass sie sich nur auf solche Fälle beziehen, in denen der Vormund die Absicht hat für den Mündel zu stipu-

lieren. Denn sie finden sich in einem Zusammenhang und unter Titeln, die nur von redlich handelnden Vormündern sprechen. Damit ist jedoch die Frage noch nicht prinzipiell gelöst. Wir werden später Veranlassung nehmen, auf dieselbe zurückzukommen.

Über die passive Gestaltung des Falles berichten uns die Quellen nicht mit derselben Zuverlässigkeit wie über die aktive. Indessen sind wir doch nicht ohne jeden Anhaltspunkt. Von Bedeutung ist insbesondere l. 2 C. de cur. fur. 5, 70. Die Erörterung dieses Erlasses knüpft an die Vorschrift an, dass eine Veräusserung oder Verpfändung von Mündelimmobilien durch ein besonderes decretum gestattet werden müsse. Dieses decretum fehlte nun in dem vorliegenden Falle. Infolgedessen erkennt der Kaiser die Existenz der Pfandverbindlichkeit nicht an, gibt aber gegen den Mündel eine utilis personalis actio, si ob eius utilitatem pecunia mutua accepta est.

Dieser Ausdruck ist offenbar eine allgemeine Bezeichnung an Stelle des speziellen technischen Ausdrucks der versio in rem. Die Präposition „ob“ scheint zwar der Annahme einer wirklichen in rem versio zu widersprechen oder sie wenigstens zweifelhaft zu machen, in Wahrheit ist es jedoch nicht der Fall. Denn die erwähnte Präposition umschreibt hier nicht lediglich und nicht vorzugsweise, wie sonst, einen Absichtssatz, sondern zugleich und überwiegend einen Folgesatz, bezieht sich demnach in erster Linie nicht sowohl auf die Zukunft, in dem Sinne, dass das Darlehen für den Mündel verwendet werden soll, sondern auf die Vergangenheit in dem Sinne, dass das Darlehen thatsächlich für den Mündel verwendet worden ist.

Die versio in rem pupilli ist demnach Thatbestandsmerkmal und somit Voraussetzung der erwähnten utilis personalis actio. Bestände noch ein Zweifel hierüber, so würde derselbe durch l. 3 C. h. t. 5, 39 vollends beseitigt. Nach dieser Stelle tritt nämlich eine Klageverpflichtung

des Mündels aus einem vom Tutor für ihn abgeschlossenen Darlehensvertrag nur ein, si pecunia in rem pupilli versa est. Hier ist die Thatsache der erfolgten versio in rem unzweideutig ausgedrückt.

Die Übereinstimmung des Thatbestandes beider Stellen ist unverkennbar. Die thatsächliche Übereinstimmung aber hat die rechtliche zur Folge. Die utilis personalis actio der einen Stelle ist die nämliche Klage wie die personalis actio der anderen. Das Fehlen des Beiwortes utilis an dieser Stelle kann verschiedene, vielleicht rein äusserliche Gründe haben, keinesfalls aber hat es den Grund, dass der Klage das Beiwort rechtlich überhaupt nicht zukommt. Wir werden später darthun, dass die Klage nur eine actio utilis sein kann. Daher bemerkt Gothofred in Glosse mutuo ad leg. 3 cit. mit Recht: mutuo a tutore accepto et in rem pupilli verso datur in pupillum utilis actio.

ad 2) Fall 2 anbelangend, so teilt l. 8 D. h. t. 26, 9 den Thatbestand desselben in klaren Worten mit. Derselbe ist folgender: Tutor und Mündel sind Miterben. Der Tutor wird von den Fideikommissaren verklagt auf Kautionsleistung für die Herausgabe des auf der Erbschaft ruhenden Fideikommisses und leistet daraufhin Kaution in solidum. Der Mündel wird später mündig; quaesitum est, an in adultum pupillum pro parte danda sit utilis actio. Die Frage wird vom Juristen bedingungslos bejaht und infolgedessen eine utilis actio gegeben. — Dieser Fall ist lediglich in der passiven Form, der Form der Klageverpflichtung des Mündels, überliefert. Indessen steht seiner Zulassung auch in der aktiven Form der Klageberechtigung ein rechtliches Bedenken nicht entgegen. Denn das Regelmässige ist stets eine Übereinstimmung von Berechtigung und Verpflichtung. Erwähnen daher die Quellen nur den Fall der Verpflichtung, nicht aber den der Berechtigung, so sind wir befugt, in diesem Schweigen eine Gleichstellung beider Fälle zu erblicken.

Fall 3, berichtet in l. 5 § 9 D. de pec. const. 13, 5, handelt von einem Konstitutum, das ein Schuldner gegenüber dem Vormund als dem Vertreter des Pfleglings eingeht unter der Abmachung, dass die Zahlung an Letzteren erfolgen solle. Hinsichtlich des Thatbestandes dieses Falles besteht ein Zweifel irgend welcher Art nicht. Besondere Beachtung verdient die dem Geschäfte beigefügte Zahlungsklausel. In ihr liegt die wesentliche Voraussetzung für die Zulassung der utilen Klage.

Weniger einfach ist der Fall 4. Den Mangel an Einfachheit haben die vielen meistens einander widersprechenden Auslegungen und Erklärungen der hierher gehörigen l. 2 D. h. t. 26, 9 nicht zu beseitigen vermocht.

Das Gesetz gibt dem Mündel eine utilis actio ad rem vindicandam für den Fall, dass der Vormund mit Mündelgeld Grundstücke angeschafft hat in nomen suum.

Der Sinn des letzteren Ausdrucks ist bestritten. Früher hielt man die Worte allgemein für gleichbedeutend mit sibi und nahm demgemäs einen vom Vormund für sich abgeschlossenen Kauf an. Gegen diese Auslegung richteten sich mit Erfolg die Ausführungen Iherings (a. a. O. S. 152). In Wirklichkeit ist der Ausdruck dem entsprechenden Ausdrucke nomine suo der l. 9 pr. cit. D. 26, 7 und dem an unserer Stelle in bezug auf den Stipulationsantrag gebrauchten Worte ipse völlig gleichzustellen. Der Kaufvertrag ist eben in gleicher Weise wie die Stipulation auf den Namen des Tutors gestellt, weil dies das gewöhnliche Verfahren war, wenn der Tutor für den Mündel Verträge abschloss, nicht aber weil der Tutor die furtive Absicht hatte, für sich zu kontrahieren.

Nun gibt es allerdings eine Stelle, die von einem solchen unredlichen Tutor spricht, nämlich l. 3 C. arb. tut. 5, 41. Man hat von jeher diese Konstitution mit der eben besprochenen l. 2 in Verbindung gebracht, und zwar dadurch, dass man die in letzterer Stelle erwähnte rei vindicatio utilis auch in l. 3 cit. angenommen hat.

Die Frage, ob mit Recht oder Unrecht, wird nun zu prüfen sein.

Zur Entscheidung derselben ist vor allem von Bedeutung die Klarstellung des Ausdrucks der l. 3 cit.: elige, utrum malis, in emtione negotium tibi cum gessisse an . . .

Mit diesen Worten wird offenbar dem Mündel die Befugnis gewährt, den Kaufabschluss als für sich, nicht für den Vormund erfolgt zu betrachten. Der Mündel soll durch die Thatsache, dass der Vormund furtiverweise mit Mündelgeld Sachen für sich kaufte, keinen Nachteil erleiden, sondern so gestellt sein, als ob ein furtum nicht vorläge, der Vormund also im Interesse des Mündels gehandelt hätte.

Diese Auffassung entspricht allerdings der herkömmlichen Auslegung nicht. Bisher deutete man nämlich die Worte dahin, dass dem Mündel gestattet sein solle, den Kaufabschluss so anzusehen, als ob derselbe ihn, den Mündel, zum Herrn des Geschäftes mache.

Hingegen verweisen wir darauf, dass es nicht heisst: utrum malis te emisse, sondern: in emtione tibi eum negotium gessisse. Also nicht etwa der Mündel, sondern der Vormund wird nach wie vor als Kontrahent angesehen; und nicht die Stellvertretung des Vormunds, wie man meint, wird wegfingiert, sondern nur das furtum desselben.

Hiermit fällt aber auch die Konsequenz, welche die Gegner in bezug auf die an unserer Stelle dem Mündel verliehene Klage aus ihrer Interpretation ziehen. Nicht eine gegen Dritte gehende Klage, eine rei vindicatio utilis, sondern lediglich eine persönliche Klage gegen den Vormund, also die gewöhnliche Vormundschaftsklage, hat der Kaiser, wenigstens in erster Linie, im Auge.

Die Stelle spricht von einem curator, und die Klage gegen den curator ist bekanntermassen die actio negotiorum utilis. Am Schlusse der Konstitution fällt der Kaiser

aus der Rolle, indem er von einem tutelae judicium spricht, vergessend, dass es sich um einen curator, nicht um einen tutor handelt [1]).

Ist daher auch die Verleihung einer actio tutelae ein offenbares Versehen, so können wir aus derselben doch eine gewichtige Bestätigung entnehmen für die Richtigkeit unserer Ansicht, dass dem Mündel lediglich die gewöhnliche Klage gegen den Vormund gegeben werden sollte, nicht aber eine gegen Dritte wirkende Klage.

Nehmen wir nun die actio negotiorum gestorum utilis als die beabsichtigte Klage an, so gewinnt dadurch auch der Ausdruck: utrum malis negotium tibi eum gessisse eine besondere Bedeutung. Er bildet schon durch seinen Wortlaut einen nicht misszuverstehenden Hinweis auf unsere Klage.

Erscheint demnach die Annahme einer rei vindicatio utilis ausschliesslich auf Grund der l. 3 C. cit. unrichtig, so verkennen wir doch nicht, dass der Thatbestand der Stelle im Zusammenhalte mit der bereits zitierten l. 2 D. 26, 9 die Zulässigkeit der rei vindicatio utilis begründet. Indem der Kaiser dem Mündel die Befugnis gibt, den für sich selbst kaufenden Kurator als für ihn, den Mündel, kaufend zu betrachten (l. 3 cit.), gewährt er ihm damit indirekt auch das Klagerecht, welches dem Mündel gegen den für ihn kaufenden Vormund zusteht, nämlich die actio utilis ad rem vindicandam (l. 2 cit.).

Ob der Kaiser indessen beim Erlasse der Konstitution an diese, ihrer Wirkung nach der gewöhnlichen Vormundschaftsklage weit überlegene Klage dachte, mag zweifelhaft sein. Es scheinen uns mehr Gründe dafür, als dagegen zu sprechen. Jedenfalls lag ihm die Verleihung der actio negotiorum gestorum utilis viel näher als die der rei vindicatio utilis. Möglich, dass überhaupt die Bitte des

1) Hierüber Wlassak, Zur Geschichte der negotiorum gestio S. 87 und Glücks Kommentar Bd. 32. S. 251 ff.

Mündels nur die Gewährung der ersteren Klage betraf, weil vielleicht nach Lage der Sache überhaupt kein Anlass für ihn bestand, die Verleihung einer stärkeren, dinglichen Klage nachzusuchen.

So haben wir denn in l. 3 cit. eine zwar indirekte, aber doch unzweideutige Entscheidung der oben aufgeworfenen Frage, ob die Absicht des Vormunds, für den Mündel zu handeln, Thatbestandsmoment und daher Voraussetzung der utilis actio ist oder nicht. Die Frage ist zu verneinen, nachdem, wie wir eben sahen, die l. 3 cit. dem Mündel bei unredlichem Handeln seines Vormunds dieselben Rechte gewährt, wie bei redlichem Handeln, offenbar von der vernünftigen Erwägung ausgehend, dass der Mündel in einer durch die Unredlichkeit des Vormunds herbeigeführten ungünstigen Rechtslage jedenfalls eines nicht minder starken Schutzes bedarf, wie in der bei redlichem Handeln des Vormunds geschaffenen Lage.

Den Thatbestand des letzten Falles gibt l. 4 C. h. t. 5, 39 in folgender Weise: Tutoren, welche nach bereits eingetretener Pubertät der Mündelin eine Zeit lang die vormundschaftliche Vermögensverwaltung fortführten, sind entweder während dieser Zeit oder nachdem sie bereits als Kuratoren bestellt waren, zur Verpachtung von Mündelgrundstücken geschritten. Auf Anfrage der Mündelin nach den ihr bei dieser Sachlage zur Seite stehenden Klagen verweist sie der Kaiser mit dem Ausdruck: eos competenter conveni zunächst auf die für diese Fälle gesetzlich vorgesehene Klage, die actio negotiorum gestorum (l. 13 D. de tut. et rat. distr. 27, 3). Aber, fährt die Konstitution fort, es könnte der Mündelin auch aus dem Vertrage der Vormünder eine utilis actio gegen die Rechtsnachfolger des Pächters erworben werden. Die Worte „ex eorum contractu“ lassen keinen Zweifel darüber aufkommen, dass wir unter dieser utilis actio die Klage aus dem Pachtvertrag, die actio locati, zu verstehen haben. Hinsichtlich des Thatbestandes ist folgendes zu bemerken. Aus den

Worten vel curatores constituti geht hervor, dass sich nicht mehr genau feststellen liess, ob der Vertragsabschluss noch der Zeit angehörte, wo die Tutoren durch die eingetretene Pubertät der Mündelin die Tutel zwar verloren hatten, aber noch nicht als Kuratoren bestellt waren oder erst in der Zeit stattfand, wo dieselben bereits die cura führten. Es ist offenbar, dass die Handlungen der Vertreter, um diesen allgemeinen Ausdruck zu gebrauchen, während der ersten Zeit rechtlich anders zu beurteilen sind, als die während der letzteren. Zu jenen waren sie legitimiert, zu diesen nicht. In jenem Fall handeln sie weder als tutores noch als curatores, sondern lediglich als negotiorum gestores, in diesem Fall dagegen als wahre curatores. Diese Verschiedenheit ist jedoch für den Kaiser bei der Frage nach dem Rechtsschutz der Mündelin bedeutungslos. Er gibt in dem einen, wie in dem andern Falle die utilis actio und trägt so in zweckmässiger Weise dafür Sorge, dass der Mündel in den Fällen, wo die cura nicht unmittelbar auf die Tutel folgt, in dem hierdurch herbeigeführten Zwischenstadium einen nicht geringeren Schutz geniesst, wie während der Zeit der Vormundschaft.

II.

Wir kommen zur Erledigung der Frage nach den certae causae, den Gründen, aus denen der Mündel in den voraufgeführten Fällen eine Klage erwirbt, wie sie die l. 5 C. h. t. 5, 39 im Auge hat.

Zunächst die Bemerkung, dass wir von mehreren Gründen sprechen müssen, nicht etwa nur von einem Grunde. Denn es lässt sich unmöglich ein einheitlicher Gesichtspunkt finden, der für die Erteilung der in Frage stehenden Klage in den unter I besprochenen Fällen massgebend sein konnte. Denn diese Fälle sind nach Thatbestand und rechtlicher Gestaltung zu verschieden, als dass sich eine gemeinsame Grundlage für die utilis actio

gewinnen liesse. Wir werden daher in jedem einzelnen Falle die causa besonders aufsuchen müssen.

Was den Fall der Darlehensstipulation betrifft, so liessen sich denkbarer Weise mehrere Erwägungen geltend machen, die für die Zulassung der utilis actio entscheidend sein mochten. Man könnte insbesondere hinweisen auf die Wichtigkeit des Rechtsaktes für den Mündel und seine Vermögensverhältnisse oder auch auf das häufige Vorkommen desselben im täglichen Leben. Ob diese Umstände bestimmend waren, bezweifeln wir; sie mögen mitbestimmend gewesen sein. Massgebend aber war unseres Erachtens ein anderer Grund. Wir entnehmen denselben den Ausführungen der erwähnten l. 9 pr. D. 26, 7. Diese Ausführungen haben zum Gegenstande die Reihenfolge, in welcher der Abschluss einer Stipulation vor sich geht. Primär erfolgt derselbe durch den Mündel selbst oder seinen Sklaven; subsidiär, z. B. wenn der Mündel das stipulationsfähige Alter noch nicht erreicht hat oder einen Sklaven nicht besitzt, oder abwesend ist, durch den Tutor. Hieraus ergibt sich die Anschauung des römischen Rechts, dass der Abschluss der Stipulation eine Rechtspflicht des Mündels ist, deren er nur aus bestimmten Gründen überhoben werden kann; im Falle des Vorliegens solcher Gründe soll dann der Tutor eintreten. Die Gründe aber sind, wie die Quellenbeispiele lehren, durchweg zwingender Natur, d. h. so beschaffen, dass für den Mündel die Unmöglichkeit vorliegen muss, persönlich den Vertragsabschluss vorzunehmen. Hier liegt der Ausgangsgunkt der utilis actio. Man wollte einen Ersatz schaffen für den Verlust der direkten Klage, welchen der Mündel erlitt durch die Unmöglichkeit, selbst zu stipulieren, man suchte ihn also gerade so zu stellen, wie wenn diese Unmöglichkeit nicht vorhanden gewesen wäre.

Der Fall, der von einer direkten Klageverpflichtung des Mündels aus dem Darlehensvertrage des Tutors handelte, also Fall 1 in seiner passiven Gestaltung, sagt nun

zwar nichts von einer Stipulationsform, spricht aber gleichfalls von einer actio utilis. Nun kann man allerdings, auch wenn von einer Stipulation nicht ausdrücklich die Rede ist, doch eine solche annehmen. Denn der Abschluss des Darlehensvertrages geschah meistens in den Formen der stipulatio, so dass dies im einzelnen Falle einer besonderen Hervorhebung nicht bedurfte. Nimmt man indessen an unserer Stelle ein stipulationsmässiges Darlehen nicht an, so bleibt gleichwohl noch eine causa für die utilis actio. Diese causa ist unseres Erachtens die Thatsache der versio in rem. Der Mündel ist durch das für ihn aufgenommene Darlehen thatsächlich bereichert worden, muss sich also auch die Klageverpflichtung aus dem Darlehen gefallen lassen. Daneben war vielleicht die Erwägung mitbestimmend, dass es keinen innern Grund hatte lediglich dem stipulatorischen Darlehen eine solche direkte Klagewirkung zuzugestehen, dem gewöhnlichen Darlehen dieselbe aber abzusprechen. Andernfalls hätte man ersterem ein unbegründetes Vorrecht verliehen.

Im Falle 2 liegt der utilis actio dieselbe causa zu grunde wie im Falle 1. Denn auch das cavere geschah regelmässig in Stipulationsform.

Von besonderem Interesse in bezug auf die vorliegende Frage ist Fall 3. Ein Konstitutum konnte, wie aus l. 6 f. D. de pec. const. 13, 5 hervorgeht, auf doppelte Weise eingegangen werden: entweder so, dass Zahlung an den Tutor oder so, dass Zahlung an den Mündel verabredet wurde. Ersternfalls wurden ipsi constituentes obligiert: der Tutor hatte also eine direkte Klage gegen den Konstituenten. Letzternfalls wurde dem Mündel „utilitatis gratia“ eine utilis actio gegeben. Hierbei ist nun völlig klar, dass diese in der utilis actio zum Ausdruck kommende Berechtigung des Mündels ihren Grund hat in der besonderen Abmachung der Zahlung an den Pupillen. Hierin offenbart sich nämlich die Absicht der Herbeiführung einer unmittelbaren Wirkung des Vertrags auf den

Mündel. Dieser Absicht trug denn auch die römische Jurisprudenz Rechnung und erfüllte so eine Forderung der Billigkeit, indem sie einem unter jener Vereinbarung abgeschlossenen Vertrag auch eine dieser Vereinbarung entsprechende Wirkung beilegte. Das that sie durch Verleihung einer actio utilis an den Mündel.

Mehr noch als in den bisherigen Fällen war im Falle 4 die Gewährung der actio utilis ein Akt der Billigkeit, um nicht zu sagen die Erfüllung eines Bedürfnisses.

Bevor wir unsere Ansicht hierüber darlegen, erachten wir es für angemessen, eine Auffassung, die möglicherweise geltend gemacht werden könnte, zurückzuweisen.

Aus dem Kaufvertrag ist der Vormund als Kontrahent bekanntlich allein berechtigt und verpflichtet. Hieran ändert der Umstand nichts, dass der Kaufschilling aus Mündelgeld besteht. Denn es ist römischer Grundsatz, dass derjenige, der mit fremdem Geld etwas anschafft, nicht dem Eigentümer des Geldes, sondern sich die actio empti oder — die Tradition der Kaufsache vorausgesetzt — die rei vindicatio erwirbt; l. 8 C. si quis alteri 4, 50. Sollte dieser Satz in dem Falle, dass der Vormund mit Mündelgeld kauft, eine Ausnahme erleiden, so müssten die Quellen dieselbe verzeichnen. Der geeignetste Ort für Erwähnung der Ausnahme wäre natürlich die Stelle, welche die Regel erwähnt. Hier findet sich jedoch nichts von einer Ausnahme. Dagegen hat man eine solche in der That in der bereits zitierten l. 3 C. 5, 51 erblickt. Schon Gothofred erwähnt in Glosse aliena ad leg. 8 drei Ausnahmefälle, darunter auch den unsrigen. Unseres Erachtens liegt es nicht in der Intention des Kaisers, in l. 3 cit. eine Ausnahme von der Regel der l. 8 cit. zu statuieren. Auch liegt juristisch eine Ausnahme nicht vor. Letzteres würde nur dann der Fall sein, wenn die Konstitution den Mündel für den Eigentümer der gekauften Sache erklären, ihm also eine rei vindicatio directa zusprechen

würde. In Wahrheit aber ist es äusserstenfalls eine rei vindicatio utilis, die dem Mündel gegeben wird. Letztere aber beruht sicherlich nicht auf einem wirklichen Eigentumsrechte. Zugeben liesse sich, dass sich unser Fall faktisch als Ausnahme der bezeichneten Regel darstellt; hieraus aber dürfen wir das Recht nicht ableiten, den Fall von diesem Gesichtspunkt aus zu betrachten. Es handelt sich überhaupt, wenn der Mündel aus einem vom Vormund mit Mündelgeld abgeschlossenen Kaufe eine Klage erhält, nicht darum, dass diese Thatsache von der Regel der l. 8 cit. C. 4, 50, sondern von der Regel der l. 5 cit. C. 5, 39 eine Ausnahme bildet, jener Regel, welche lautet: Per tutorem pupillo actio non quaeritur. Dementsprechend ist auch der Grund zur Verleihung der Klage an den Mündel nicht darin zu suchen, dass man es für ein Bedürfnis hielt, von dem ersteren Satze eine Ausnahme festzustellen, zumal da derselbe mit dem allgemeinen Rechtsbewusstsein durchaus nicht im Widerspruch steht, sondern darin, dass man es für zweckdienlich erachtete, von dem letzteren Satze, dessen Übereinstimmung mit dem römischen Rechtsbewusstsein zwar nicht bezweifelt werden kann, dessen uneingeschränkte Anwendung in der Praxis aber Härten mit sich führen mochte, eine Ausnahme eintreten zu lassen.

Denn die Regel konnte in der That zu Härten führen. Man nehme an, die gekaufte Sache ist vom Vormund bereits weiter veräussert und tradiert. Dann hat ohne Zulassung der rei vindicatio utilis der Mündel in keiner Weise einen Anspruch auf die doch für ihn gekaufte Sache. Er müsste sich begnügen mit einer actio tutelae gegen den Vormund und bekäme dann günstigstenfalls sein als Kaufschilling verwendetes Geld zurück. Wäre der Mündel vielleicht durch Kaution, die noch dazu bekanntermassen in gewissen Fällen gänzlich unterbleiben kann, nicht genügend sicher gestellt und der Vormund zahlungsunfähig, so würde er nicht einmal sein Geld zu-

rückerhalten. Diese praktischen Erwägungen waren offenbar das Hauptmotiv für die Zulassung der rei vindicatio utilis. Hierzu mochte dann in zweiter Linie der Gedanke kommen, dass es ja das Geld des Mündels war, mit dem die Sachen angeschafft worden waren. Aber ausschlaggebend konnte dieser Gedanke nicht sein; sonst hätte die Regel noch in vielen anderen Fällen durchbrochen werden müssen.

Besondere Schwierigkeiten macht die Frage nach der causa im Falle 5. Weder allgemeine, von dem Charakter und den Besonderheiten des Mietvertrags ausgehende Erwägungen, noch die spezielle Gestaltung des Thatbestandes vermögen die Zulassung der actio utilis genügend zu begründen. Es scheint hier in der That ein Fall vorzuliegen, in welchem der Kaiser die Klage erteilte, ohne sich ihres strengen Ausnahme-Charakters bewusst zu sein und ohne insbesondere einen Rechtsgrund zur Seite zu haben, wie er in den übrigen Fällen der Klage offenbar vorhanden war.

III.

Mit Ausnahme der über Fall 1 in seiner passiven Gestaltung berichtenden l. 3 C. h. t. 5, 39 bezeichnen alle Stellen die dem Mündel gewährten Klagen als actiones utiles. Aber auch jene Stelle anlangend, so wurde bereits oben hervorgehoben, dass das Fehlen des Beiwortes utilis keineswegs dazu berechtigt, der Klage den Utilitätscharakter abzusprechen, dass vielmehr die Klage nur eine utilis actio sein kann. Für diese Ansicht konnten wir uns berufen auf die den gleichen Thatbestand wiedergebende l. 2 C. de cur. fur. 5, 70, die in dem nämlichen Sinne wie die l. 3 cit. von einer Klage des Mündels spricht und dieselbe in der That als actio utilis charakterisiert. Dieses für sich allein schon zur Entscheidung der Frage hinreichende Argument erhält eine unumstössliche Stütze

in der Erwägung, dass die direkte Klage in keinem Falle dem Mündel selbst zukommen kann, weil sie stets dem Vormund als dem Kontrahenten zusteht. Hierüber später noch einige Bemerkungen.

Wir wenden uns im Folgenden dem Wesen und der Bildungsweise der actiones utiles des Mündels zu. Hiebei kommen wir zu folgenden Sätzen:

I. Die actiones utiles der angeführten Fälle sind singulärer Natur.

Die Singularität der Klage geht aus l. 5 cit. C. 5, 39, wo der Klageerwerb des Mündels aus Handlungen des Vormunds unzweideutig als Ausnahme bezeichnet ist, zur Genüge hervor. Die Folge des singulären Charakters ist die Beschränkung der Klage auf die in den Quellen vorgesehenen Fälle und die Unzulässigkeit derselben in analogen Fällen.

II. Die actio utilis der angeführten Fälle ist eine akzessorische Klage.

Die prinzipale Klage ist die actio für und gegen den Vormund als den Kontrahenten. Es ist im höchsten Grade unwahrscheinlich, dass diese Klage in unsern Fällen weggefallen und die Klageberechtigung oder -Verpflichtung dem Mündel ausschliesslich zugefallen wäre. Die Quellen schweigen zwar über die Frage; aber man geht kaum fehl, wenn man in diesem Falle in dem Schweigen lediglich den Ausdruck für die Selbstverständlichkeit erblickt, mit der die Frage in der oben bezeichneten Weise zu beantworten ist. Denn wenn die Römer, wie vorliegend der Fall, von einem ihrer ersten Grundsätze, nämlich dem der ausschliesslichen Berechtigung und Verpflichtung des Kontrahenten aus dem von ihm abgeschlossenen Vertrag Ausnahmen zulassen, dahin gehend, dass in gewissen Fällen die Wirkungen der vom Vormund abgeschlossenen Verträge den Mündel treffen, so mögen sie es in der That als etwas

Selbstverständliches betrachtet haben, dass durch diese Neuerung jener Grundsatz nicht aufgehoben, sondern höchstens modifiziert werden, dass demnach der Vormund, wie bisher, Subjekt der Wirkungen bleiben und der Mündel nur neben ihn als gleiches Subjekt treten sollte. Zu dieser Annahme berechtigt uns sowohl die allgemeine Erwägung, dass die Einführung eines neuen Rechtssatzes unter Schonung und möglichster Beibehaltung älterer Rechtssätze geschehen soll und zu geschehen pflegt, wie auch speziell die als zweifellos anzunehmende Thatsache, dass die Römer gerade an jenem Grundsatze, dass der Kontrahent immer der Berechtigte oder Verpflichtete bleibe, nicht aber einen anderen direkt berechtigen oder verpflichten könne, entgegen einem naheliegenden Bedürfnisse selbst noch in der Zeit der höchsten Rechtsentwickelung mit Strenge festhielten. Man wird auch nicht einwenden können, dass es nicht angehe, aus einem Vertrage gleichzeitig zwei Klagen, eine prinzipale und eine akzessorische hervorgehen zu lassen. Ein solcher Einwand wird widerlegt durch den Hinweis auf die sog. adjektizischen Klagen, sowie auf die der actio utilis unserer Fälle besonders nahekommende Iheringsche rei vindicatio utilis. Auf Grund dieser Erwägungen wird man nicht mit Unrecht der Klage einen akzessorischen Charakter zuschreiben. Zur Äusserung gelangt dieser Charakter vor allem in der Geltendmachung der Klage. Die actio utilis lässt sich erheben, sobald, aber auch erst, wenn die actio directa erhoben werden kann, also regelmässig mit dem Momente des Vertragsabschlusses. Einreden, die gegen die actio directa bestehen, sind, sofern sie nicht als Einreden in personam sich darstellen, auch gegen die actio utilis zulässig. Ist der actio directa Genüge gethan, so hat damit auch die actio utilis ihre Erledigung gefunden. Die Lösung des akzessorischen Verhältnisses findet statt mit Beendigung der Vormundschaft, weil mit diesem Zeitpunkte die Berechtigungen und Verpflichtungen des Vormunds, daher

auch die Klagen für und gegen ihn notwendig erlöschen, während der Mündel seine utile Klage nunmehr als selbstständige Klage weiterführt. Im Falle der Konkurrenz von actio directa und actio utilis aber gebührt jener als der regelmässigen und prinzipalen Klage der Vorzug.

III. Die actiones utiles der angeführten Fälle ersetzen den Mangel der direkten Stellvertretung.

Die römische Rechtsanschauung hielt mit starrer Konsequenz am Grundsatz von der Unzulässigkeit der direkten Stellvertretung fest. Die praktischen Bedürfnisse drängten auf Aufhebung oder wenigstens Milderungen desselben. Aus diesem Widerstreit rettete man sich durch kluge Kompromisse. Man hielt das Prinzip juristisch aufrecht, modifizierte es aber thatsächlich. Auch unsere Fälle bestätigen dieses Verfahren. Indem man dem Vormund die actio directa beliess, wahrte man juristisch das Prinzip; indem man daneben dem Mündel eine actio utilis gab, durchbrach man es faktisch. So war Rechtsanschauung und Praxis in gleicher Weise gedient.

Insoweit lässt sich sagen, dass die utilen Klagen in unseren Fällen einen Ersatz für die mangelnde direkte Stellvertretung bilden. Aber auch nur insoweit. Denn ihre Zulassung etwa auf die Absicht zurückzuführen, in den fraglichen Fällen die direkte Stellvertretung zu verstatten, muss nach dem vorhin Gesagten entschieden zurückgewiesen werden. Zugegeben und richtig ist nur, dass durch ihre Zulassung thatsächlich dasselbe erreicht wurde, wie wenn die direkte Stellvertretung angenommen gewesen wäre. Die Klagen wären keine utilen, hätten die Römer diese Art der Stellvertretung gekannt.

IV. Die actiones utiles der angeführten Fälle beruhen weder auf Analogie, noch auf Präsumption, noch auf gesetzlicher Zession, sondern auf einer Fiktion.

Bei der Frage nach der Bildungsweise der actiones utiles ist zweierlei zu unterscheiden; einmal die rechtliche Grundlage, das juristische Bildungsmittel, mit dem die Klage hergestellt wurde, sodann der rein thatsächliche Bildungshergang. Mit jenem hatte sich die Wissenschaft, mit diesem der Prätor zu befassen. Der Wissenschaft fiel die Aufgabe zu, die Utilisierung theoretisch zu rechtfertigen, Sache des Prätors war es, die Utilisierung thatsächlich auszuführen. Beide Faktoren werden hierbei, wenigstens regelmässig, übereinstimmend gewirkt haben. War die juristische Grundlage eine Fiktion, so wird wohl regelmässig der Prätor die Fiktion zum Ausdruck gebracht haben; war sie eine Zession, so wird sich wohl hiernach die Utilisierung gestaltet haben; war sie eine einfache Analogie, so bestand wohl dementsprechend die Utilisierung auch nur in einer Umstellung, Abänderung oder Weglassung eines oder mehrerer Worte in der Formula. Ob diese Übereinstimmung nur das Regelmässige oder nicht etwa das allein Mögliche oder Zulässige war, ist schwer zu entscheiden. Die Thatsache der gegenseitigen Unabhängigkeit der genannten Faktoren, nämlich der Wissenschaft und der prätorischen Jurisdiktion lässt die Entscheidung der Frage im ersteren Sinne plausibler erscheinen, als im letzteren. Man würde es als eine Ausnahme allerdings, aber nicht als eine Absonderlichkeit anzusehen haben, wenn die Doktrin z. B. eine Fiktion zu Grunde legte, während die Formula durchaus nicht fiktizisch abgefasst wäre.

Wir lassen die Frage der Fassung des Klageformulars ausser betracht und wenden uns der Hauptfrage zu, auf welche Grundlage die römische Jurisprudenz die Klagen gestützt haben mag.

Hierbei kommen in betracht: Analogie, Präsumption, gesetzliche Zession und Fiktion.

Was fürs erste die Analogie anlangt, so ist dieselbe deshalb nicht verwendbar, weil, wie unter II. auseinandergesetzt wurde, die actio utilis im akzessorischen Verhältnis

zur actio directa steht. Denn was in einem akzessorischen Verhältnisse zu einander steht, kann nicht in einem analogen Verhältnisse stehen. Der Verleihung beider Klagen liegt ja der nämliche Thatbestand zu grunde, nämlich die Darlehnsstipulation etc.; eine Analogie aber wäre nur dann möglich, wenn es sich um einen ähnlichen Thatbestand handelte. Es fehlt somit eine notwendige Voraussetzung zur Analogie, nämlich die Verwandtschaft der zu analogisierenden Verhältnisse.

Eine Präsumption aber als Grundlage der actio utilis lässt sich schon ihrem Inhalte nach kaum denken. Die einzige in betracht kommende Möglichkeit ginge dahin, dass man sagen würde, der für den Mündel kontrahierende Vormund soll präsumptiv so angesehen werden, als ob er nicht nur sich, sondern auch den Mündel unmittelbar berechtige und verpflichte. Die Präsumption würde demnach auf Zulassung der direkten Stellvertretung neben der indirekten gehen. Das ist aber unannehmbar. Denn die Römer können auf dem Wege der Präsumption unmöglich auf die Zulassung und noch dazu, wie vorliegend der Fall, auf eine ausnahmsweise Zulassung des ihnen so missliebigen Rechtssatzes von der direkten Stellvertretung gekommen sein. Denn einen Rechtssatz, der meinen Anschauungen zuwiderläuft, den ich daher nur als Ausnahme, nicht aber als Regel anerkenne, präsumiere ich nicht. Der Präsumptionsschluss ist ein Wahrscheinlichkeitsschluss. Nun werden es aber doch die Römer bei ihrer Abneigung gegen die direkte Stellvertretung nicht für wahrscheinlich gehalten haben, dass der für den Mündel handelnde Vormund neben sich auch jenen direkt berechtige und verpflichte. Sie könnten höchstenfalls gesagt haben, dass zwar der Vormund den Mündel nicht direkt berechtigen und verpflichten könne, dass aber unter gewissen Voraussetzungen doch angenommen werde, dass er es thue. Das ist aber zweifellos eine Fiktion, keine Präsumption.

Eine weitere denkbare Grundlage der utilis actio ist

die gesetzliche Zession. Aber auch gegen sie erhoben sich gewichtige Bedenken.

Einmal ist daran zu erinnern, dass es heisst: Per tutorem actio . . . quaeri non potest. Die Klage wird also für bezw. gegen den Mündel durch den Tutor erworben. Dieser Erwerb aber findet offenbar in demselben Zeitpunkte statt, in welchem der Klageerwerb für bezw. gegen den Vormund selbst stattfindet. Der Ausdruck quaeri liesse sich nicht verstehen, wenn die Vertragswirkungen etwa zuerst auf den Vormund, dann erst auf den Mündel übergingen, also eine Succession stattfinden würde. Nun erheischt aber der Begriff der Zession eine solche Succession, folglich können wir, wenn wir den Ausdruck quaeri nicht willkürlich interpretieren wollen, keine Zession annehmen.

Wer dies dennoch thut, der muss folgerichtig auch in denjenigen Fällen eine gesetzliche Zession annehmen, in denen, abweichend von dem Satze: Per liberam personam adquiri nobis non potest, ein Rechts- und daher auch ein Klageerwerb für oder gegen den Vertretenen durch den Vertreter erfolgt. Den juristischen Vorgang bei der direkten Stellvertretung müsste man sich dann so vorstellen, dass der Vertreter im nämlichen Augenblicke, in dem er die Berechtigung erwirkt bezw. die Verpflichtung übernimmt, dieselbe kraft des Gesetzes auch wieder weiter zediert. Diese Vorstellung ist indessen schwerlich richtig. Der Vorgang ist vielmehr offenbar der, dass der Vertretene direkt durch die Person des Vertreters hindurch Subjekt der Vertragswirkungen wird. Der Vertreter selbst erwirbt weder Rechte noch übernimmt er Pflichten aus dem Vertrag; folglich kann auch von einer Zession dieser Rechte und Pflichten keine Rede sein.

Ist sonach die Annahme einer Zession schon in bezug auf die allgemeine, freie Stellvertretung zu verwerfen, so ist sie es noch weit eher in unsern Fällen. Denn unsere Fälle haben ja, wie wir sehen, die Eigentümlichkeit, dass

der Vormund seine Klage nicht verliert zu Gunsten des Mündels, wie dies entsprechend bei der freien Stellvertretung der Fall ist, sondern die Klage weiter behält; er kann daher niemals die Stellung eines Zedenten haben.

Liesse sich der Beweis erbringen, dass der Klageerwerb für oder gegen den Mündel in dem Zeitpunkt stattfindet, in dem der Vormund seiner Klageberechtigung bezw. Klageverpflichtung verlustig geht, also regelmässig mit Beendigung der Vormundschaft, so würde trotz des Ausdrucks quaeri die Annahme einer gesetzlichen Zession als Grundlage der Klage viel mehr Wahrscheinlichkeit für sich haben als die Annahme jeder andern Bildungsweise. Die Quellen ermöglichen indessen diesen Beweis nicht. Der einzige ernstlich in betracht kommende Zeitpunkt wäre der der Beendigung der Vormundschaft, weil mit ihm alle Klagen aus der vormundschaftlichen Geschäftsführung für und gegen den Vormund erlöschen. l. 1 C. quand. ex fact. 5, 39. Allein der Klageerwerb für und gegen den Mündel erfolgt nicht erst in diesem Zeitpunkt. Insbesondere wäre es unrichtig, das Gegenteil aus der eben zitierten Stelle folgern zu wollen. Dieselbe macht zwar die Anstellung einer actio judicati utilis abhängig von dem Eintritt der Volljährigkeit der Minderjährigen, aber offenbar nur deshalb, weil der Erwerb der genannten actio nicht schon, wie der unserer Klagen, während der Vormundschaft erfolgte. Wäre dies der Fall gewesen, so hätte es der Hervorhebung jener Voraussetzung nicht mehr bedurft. Daher ist auch klar, dass der Utilitätscharakter der Klage ein ganz anderer ist als der unserer Klagen. Jener beruht in der That auf gesetzlicher Zession, wie dies nach l. 26 § 3 C. de adm. tut. 5, 57 mit Sicherheit anzunehmen ist; der unserer Klage jedoch nicht.

Vielleicht liesse sich noch auf den Ausdruck adultum in l. 8 D. h. t. 26, 9 hinweisen. Aber auch er will nicht so ausgelegt sein, als ob er eine Voraussetzung für die Klageerteilung in sich schliesse, sondern besagt nichts

weiter, als dass zur Zeit, wo um die Erteilung nachgesucht wird, der Pupill bereits adultus ist.

Sonach können diese beiden Stellen einen Beweis nicht liefern. Dagegen ist auf der andern Seite zu beachten, dass die übrigen einschlägigen Stellen kein Wort von der Beendigung der Vormundschaft als der Bedingung zum Erwerb der actio utilis erwähnen, und niemals von Klagen für oder gegen den gewesenen Pflegling, sondern immer nur von solchen für oder gegen den Pflegling schlechthin reden.

Dies in Verbindung mit dem Ausdruck quaeri lässt es schon sehr wahrscheinlich erscheinen, dass der Erwerb der Klage für und gegen den Mündel schon mit dem der Klage für und gegen den Vormund zusammenfällt. Die Wahrscheinlichkeit aber steigert sich zur Gewissheit bei der Erwägung, dass unsere actiones utiles, die doch nach der Angabe der l. 5 C. h. t. 5, 39 von besonderer und zwar ausnahmsweiser Art sind, dies nicht sein würden, wenn sie erst von einer Zeit — nämlich der Beendigung der Vormundschaft — ab anstellbar wären, von der ab auch jede andere Klage für und gegen den Mündel nicht nur erhoben werden kann, sondern erhoben werden muss.

Steht sonach die Gleichzeitigkeit des Erwerbs der direkten und der utilen Klage fest, so wird auch die Annahme einer Zession hinfällig.

Man wird auch nicht sagen können, dass ein momentaner Übergang der Klage vom Vormund auf den Mündel von den Römern angenommen worden sei und insofern eine gesetzliche Zession vorliege. Ein solcher Übergang hatte immer die notwendige Folge, dass der Vormund die Klage, wenn auch nur während der Zeit ihres Verbleibens beim Mündel, entbehren müsste. Das ist nicht anzunehmen. Vielmehr ist die Sachlage die, dass Vormund und Mündel, einer unabhängig von dem andern, die Klage für sich selbst erheben kann, bezw. dass beide gleich-

zeitig von einem und demselben Dritten verklagt werden können.

Hiernach bleibt nur noch eine Möglichkeit, nämlich die Fiktion. In ihr erblicken wir die Grundlage der actiones utiles.

Wir verkennen nicht, dass die Fiktion dasjenige Konstruktionsmittel ist, das der Jurist am meisten vermeiden soll, weil sie eine Manipulation von unjuristischem Charakter ist, ein bequemes Mittel, um über Schwierigkeiten, die sich auf andere Weise nicht mehr beseitigen lassen, leichten Fusses hinwegzuschreiten. Indessen kann dies hier nicht wesentlich in betracht kommen; denn es handelt sich nicht um Neukonstruktion eines juristischen Begriffes, sondern um eine Rekonstruktion, also um Erforschung der historischen Wahrheit, in deren Interesse es gleichgiltig bleiben muss, welche Stellung man zu der Fiktion als juristischem Konstruktionsmittel einnimmt. Hierzu kommt noch, dass gerade die Römer ziemlich viel mit Fiktionen operierten und dass insbesondere auch ein grosser Teil der actiones utiles fiktizische Klagen waren.

Auf die Frage, wie etwa die Fiktion vorliegend gelautet haben mag, lässt sich nur die eine Antwort finden. Man fingierte offenbar, nicht nur der Vormund, sondern auch der Mündel habe den Vertrag abgeschlossen. Der Vertragsabschluss seitens des Mündels neben dem durch den Vormund war also der Inhalt der Fiktion. Das war naheliegend und konnte kaum auf Bedenken stossen.

Die ganze Frage nach dem juristischen Bildungsmittel unserer actiones utiles wäre leicht zu lösen, wenn uns die Quellen auch nur Anhaltspunkte geben würden darüber, wie sich die Römer ihre wenigen Ausnahmen, von der indirekten Stellvertretung juristisch zurecht legen mochten. Wir haben Grund anzunehmen, dass auch hier die Fiktion des persönlichen Vertragsabschlusses durch den Vertretenen das Rechtfertigungsmittel waren. Ein anderes Mittel ist eben nicht zu finden.

V. Die actio utilis ad rem vindicandam des Falles 4 untersteht in jeder Beziehung den Grundsätzen der persönlichen actiones utiles.

Die Frage nach der actio utilis ad rem vindicandam des Falles 4 führt uns zurück auf den Anfang unserer Abhandlung.

Es wurde dort hervorgehoben, dass es angemessen erscheint, unsere Klage nicht sowohl im Zusammenhange mit den übrigen Fällen der rei vindicatio utilis, als vielmehr mit den hier erörterten actiones utiles zu untersuchen. Begründet wurde dies durch den Hinweis darauf, dass die einschlägige l. 2 D. 26, 9 unsere dingliche actio utilis ohne jeden Unterschied neben eine persönliche actio utilis ad mutuam pecuniam exigendam stellt, eine Thatsache, aus der wir bis zum Beweise des Gegenteils schliessen dürfen, dass der Utilitätscharakter der einen Klage der nämliche ist wie der der andern und die Besonderheiten der einen die nämlichen wie die der andern, soweit sie nicht durch den allgemeinen Unterschied zwischen persönlicher und dinglicher Klage bedingt sind.

Angesichts dessen erscheint es unverständlich, weshalb man gerade der actio utilis ad rem vindicandam ein so besonderes Interesse widmet. Man fragt: Wie kommt es, dass hier die Vindikationsklage jemand gegeben wird, der kein Eigentumsrecht hat? Weshalb fragt man nicht auch: Wie kommt es, dass hier die Darlehnsklage jemand gegeben wird, der kein Forderungsrecht hat? Erscheint denn jenes auffallender als dieses? und weshalb sollte das der Fall sein?

Hätten wir Anhaltspunkte dafür, dass die Römer, gleichviel aus welchen Gründen, die Vindikation des Nichteigentums als eine stärkere Anomalie ansahen denn die Forderungsklage eines nicht Forderungsberechtigten und demgemäs die Erteilung der ersteren mehr vermieden als die der letzteren, so würde eine trotzdem vorkommende

rei vindicatio des Nichteigentümers unser Befremden weit mehr erregen und eine Inanspruchnahme unseres Interesses weit eher rechtfertigen als eine etwaige Forderungsklage eines nicht Forderungsberechtigten. In dieser Richtung lässt sich indessen noch nicht einmal ein Wahrscheinlichkeitsbeweis aus den Quellen erbringen. Wohl aber sind gerade in der gegenteiligen Richtung die 9 Fälle der Ihering'schen rei vindicatio utilis Beweis genug dafür, dass eine Vindikation des Nichteigentümers den römischen Rechtsbegriffen, wenn nicht gar geläufig, so doch jedenfalls nicht widerstreitend war.

Diese Erwägungen bedürfen der Vergegenwärtigung, wenn die Ihering'sche Theorie von der rei vindicatio utilis geprüft werden soll.

Ihering hat nämlich, wie oben (S. 8) erwähnt, der rei vindicatio utilis in sämtlichen von den Quellen überlieferten Fällen, daher auch der actio utilis ad rem vindicandam unseres Falles 4, den rein dinglichen Charakter abgesprochen und ihr eine Halbnatur zwischen dinglicher und persönlicher Klage beigelegt, insbesondere ihre Richtung gegen Dritte verneint. Es liegt ausserhalb unserer Aufgabe, die Richtigkeit dieser Behandlungsweise der vindicatio utilis in jedem einzelnen Falle derselben zu prüfen. Mit Recht hat man in neuerer Zeit darauf hingewiesen, dass die Fälle der Klage zu verschiedenartig gelagert sind, als dass sich ein Gesichtspunkt für eine einheitliche Behandlung aller Fälle finden liesse, sodass es fast gewagt erscheint, überhaupt von einer Theorie der rei vindicatio utilis zu sprechen. Die Quellenbelege, auf die Ihering sich stützt, sind zu schwach, als dass sie eine genügende Grundlage für eine wirkliche Überzeugung bilden könnten. Insbesondere können die Schlussworte der l. 10 C. de don. quae sub modo 8, 54: id est actionem, qua dominium pristinum tibi restituatur, die Ihering für seine Auffassung in Anspruch nimmt, ebensogut im gegenteiligen Sinne ausgelegt werden. Im Zweifel aber ist jedenfalls das anzu-

nehmen, was als das begrifflich und geschichtlich Natürliche erscheint; und das ist vorliegends die Übereinstimmung des Charakters und Zieles der rei vindicatio directa mit dem der rei vindicatio utilis.

In bezug auf die actio utilis ad rem vindicandam der l. 2 cit. D. 26, 9 aber scheint uns auch nicht der Zweifelsfall gegeben zu sein. Denn auf der einen Seite findet sich an der Stelle nicht die leiseste Andeutung über irgend welche Modifikation der a priori anzunehmenden dinglichen Natur der Klage, auf der andern Seite lässt sich nicht ersehen, weshalb man dem Mündel, wenn man ihm doch einmal ein stärkeres Schutzmittel verleihen wollte, immer noch eine ungleich schwächere Klage hätte geben sollen als dem Vormund. Ein schlagender Beweis aber für die rein dingliche Natur der Klage liegt in dem Gebrauch der Ausdrücke „exigere“ und „vindicare.“ Diese Verba bilden, wenn irgendwo, so hier strenge Gegensätze und sind mit unverkennbarer Absicht vom Juristen zur Bezeichnung der persönlichen Natur der einen und der dinglichen Natur der andern Klage gewählt.

Freilich ist das Eigentumsrecht des Mündels an den vom Vormund für ihn gekauften Sachen ebensowenig ein wirkliches wie das Forderungsrecht des Mündels aus dem vom Vormund für ihn abgeschlossenen Darlehensvertrage ein wirkliches Forderungsrecht ist. Wäre dies der Fall, dann müsste der Mündel eine direkte, nicht eine utile Klage haben. Die Verleihung der letzteren Klage aber hat auch hier, wie wir dies in den andern Fällen annahmen, eine Fiktion zur Grundlage. An Stelle des Vormunds als des wahren Kontrahenten tritt der Mündel als fingierter Kontrahent[1]).

---

1) Dies ist auch das Resultat der Untersuchungen Kindervaters in Bekkers „Jahrbüchern des gemeinen Rechts“, Bd. 6.

Lebenslauf.

Ich bin geboren am 11. September 1868 zu Quirnbach in der Pfalz. Meine Eltern sind Adolf Munzinger, Bürgermeister dortselbst, und Charlotte Leppla, letztere seit langem verstorben. Nach Besuch des Volksschulunterrichts in meinem Heimatsorte trat ich im Herbst 1879 in die dritte Klasse der K. Studienanstalt Zweibrücken ein, woselbst ich im August 1886 das Zeugnis der Reife erhielt. Mit Beginn des folgenden Wintersemesters bezog ich zum Zwecke des Studiums der Jurisprudenz die Universität München, an der ich ein Jahr lang teils juristische, teils philosophische Vorlesungen hörte. Hierauf siedelte ich nach Berlin über. An der dortigen Universität setzte ich während der beiden nächsten Jahre mein juristisches Studium fort und besuchte gleichzeitig den türkischen und neugriechischen Kursus des damals errichteten Seminars für orientalische Sprachen. Nachdem ich an dieser Anstalt im August 1889 die Diplomprüfung erstanden, unterzog ich mich im darauffolgenden Februar mit Erfolg dem Referendarexamen am k. Kammergerichte zu Berlin. Dann kehrte ich nach Bayern zurück, besuchte während des Sommers 1890 nochmals die Universität München und bestand dort im Oktober die erste Prüfung für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst. Anfangs November trat ich in den juristischen Vorbereitungsdienst ein, in dem ich zur Zeit am k. Landgerichte Kaiserslautern thätig bin.

Thesen.

1. Die rei vindicatio utilis ist eine rein dingliche Klage.

2. Jugendliches Alter des Angeklagten kann neben den Strafmilderungen des § 57 des R.-St.-G.-B. zugleich die Annahme mildernder Umstände begründen.

3. Die in Art. 54 der Preuss. Verfassungsurkunde dem König auferlegte Ableistung des Verfassungseides ist keine Bedingung zur Ausübung verfassungsmässiger Rechte.